

RUI PINTO DUARTE

UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO COMPARADO

## *Uma introdução ao Direito Comparado \**

PROF. DOUTOR RUI PINTO DUARTE

SUMÁRIO: 1. Primeira aproximação à ideia de Direito Comparado. 2. Confronto do Direito Comparado com outras disciplinas jurídicas. O problema da especificidade do objecto do Direito Comparado. 3. O problema das funções do Direito Comparado. 4. Método do Direito Comparado: Macro-comparação; Micro-comparação. 5. Natureza do Direito Comparado. 6. História do Direito Comparado. 7. O agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias.

### **Nota Prévia**

Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa co-existiram, durante parte da década de oitenta, dois planos de estudos, dos quais um incorporava uma disciplina intitulada Direito Comparado, no 5.º ano, e outro incorporava uma disciplina intitulada Sistemas Jurídicos Comparados, no 2.º ano. De 1983/1984 a 1985/1986 trabalhei nesta última. No primeiro dos seis semestres em causa, a Professora Isabel de Magalhães Collaço ocupou-se da regência, tendo-me cabido colaborar nas aulas práticas; nos outros cinco semestres fui encarregado da regência de uma das turmas. Ao longo desse período, a Professora Isabel de Magalhães Collaço foi sempre a orientadora das regências de

\* O texto que "O Direito" agora me dá oportunidade de divulgar nas suas prestigiadas folhas nem é novo, nem, rigorosamente falando, inédito: começou a ser escrito há mais de vinte anos e circulou bastante, em várias versões, primeiro em fotocópias e depois em suporte informático. Creio, porém, que este modo de o publicar se justifica, já que a letra impressa continua a ser o principal modo de comunicação da doutrina jurídica. As linhas da nota prévia, datadas do início de 2000, explicam para que fins e em que momentos realizei este trabalho.

Sistemas Jurídicos Comparados e de Direito Comparado; para além disso, tomou normalmente a seu cargo a leccionação de uma das turmas da última disciplina.

Num desses anos lectivos, tendo tido de se ausentar do País, a Professora Isabel de Magalhães Collaço solicitou-me que a substituísse nas primeiras seis aulas da disciplina do 5.º ano.

Para dar conta do modo por que desempenhei tal tarefa (tentando cumprir o programa e a orientação da responsável, mas fazendo o meu próprio discurso), escrevi o texto-base dessas aulas. Embora, na altura, tenha circulado entre os demais assistentes e os monitores das disciplinas em causa, o escrito ficou quase sempre na gaveta até ao presente.

Ao receber de novo (agora na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa) o encargo da regência de uma disciplina intitulada Sistemas Jurídicos Comparados, fui relê-lo. Apesar do tempo e de o texto ter sido elaborado tendo em vista estudantes num estágio mais avançado do daqueles a que agora me vou dirigir, achei que seria útil facultá-lo aos alunos. Aproveitei a releitura para acrescentar notas, fazer actualizações (como as impostas pela evolução dos países europeus que em meados da década de oitenta eram designados por socialistas) e introduzir outras pequenas alterações.

Fevereiro de 2000

## 1. Primeira aproximação à ideia de Direito Comparado

O Direito Comparado é a comparação de ordens jurídicas diversas. Consiste, pois, numa actividade e, nessa medida, a designação não é feliz, já que aponta para algo de estático, produto de outro algo. Além disso, a expressão permite supor – falsamente – analogias com as disciplinas jurídicas que se definem dentro do Direito em função do conteúdo das normas que estudam, o que não se passa com o Direito Comparado. Mas a expressão está consagrada, não só entre nós, como também, por exemplo, em França, Itália e Espanha e, assim, não valerá a pena lutar contra ela. Mais felizes, sempre se dirá, porém, são as designações alemã (*Rechtsvergleichung*) e inglesa (*Comparative Law*).

Esta primeira noção de Direito Comparado merece alguns esclarecimentos e explicitações:

- Como resulta do que ficou dito, o Direito Comparado não é um ramo do Direito, nem no sentido de um conjunto de normas afins identificá-

vel como uma parte relativamente autónoma do Direito, nem no sentido de um ramo da “Ciência Jurídica”<sup>1</sup>;

- Sendo uma actividade de comparação, o Direito Comparado é mais do que o estudo dos vários Direitos; implica a justaposição dos resultados desse estudo e o registo das semelhanças e das diferenças (o que não obriga necessariamente a que nos estudos comparativos surja uma secção formalmente autónoma evidenciando tal registo; a comparação pode estar implícita no modo de descrição dos vários Direitos);
- O Direito Comparado é comparação inter-sistemática e não intra-sistemática – por convenção, só se apelida Direito Comparado a comparação feita entre elementos pertencentes a sistemas jurídicos diversos<sup>2</sup>;
- A comparação tanto pode incidir sobre sistemas jurídicos considerados em globo como sobre fracções deles; generalizaram-se as expressões “macro-

<sup>1</sup> A expressão vai entre aspas para sublinhar que a natureza do saber sobre o Direito é diferente da da generalidade dos saberes que são chamados ciências. Creio não só verdadeira como ainda actual (e especialmente acutilante no panorama da cultura jurídica universitária portuguesa dos dias que vão correndo) a observação de FRIEDRICH VON HAYEK segundo a qual o sucesso oitocentista dos saberes sobre o mundo físico fascinou e tiranizou os que trabalhavam noutros domínios, tendo, desde aí, as outras disciplinas sido perturbadas pela ambição de imitar aqueles saberes.

<sup>2</sup> Os autores utilizam o vocábulo “sistema” em sentidos diferentes. A maior parte utiliza-o para designar cada uma das várias ordens jurídicas, nomeadamente as estatais (v., como exemplo, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, *maxime* pág. 10). Muitos, porém, utilizam a palavra para designar agrupamentos de ordens jurídicas – v., também a título de exemplos, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. II, 10ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 228, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito Introdução e Teoria Geral*, 10ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1997, *maxime* pág. 139, e MARC ANCEL *Utilité et Méthodes du Droit Comparé, Éditions Ides et Calendes*, 1971, pág. 42 – Autor que chama até a este sentido o do Direito Comparado. A questão não é relevante desde que se evitem as ambiguidades. De qualquer modo, sempre diremos que preferimos o sentido mais restrito, entre outros motivos, por julgarmos que não há entre os grupos de ordens jurídicas a coordenação necessária para que mereçam a qualificação de sistemas. Acrescente-se que, por uma questão de rigor, desligamos a noção de sistema jurídico da ideia de Estado, embora a frequente coincidência entre os sistemas jurídicos e os ordenamentos estatais nos leve a considerar os sistemas de base estatal como os típicos. Para o estudo aprofundado da utilização da ideia de sistema no saber jurídico, v. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1989 (tradução da 2ª ed. do original alemão), bem como o estudo introdutório de MENEZES CORDEIRO a tal obra de CANARIS, nomeadamente págs. LXIII e segs. (estudo esse também publicado, sob o título *Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX*, na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48, III, Dezembro 1988). Para um panorama da literatura jurídica sobre o tema, v. MARIA HELENA BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, págs. 612 e segs.

comparação” e “micro-comparação” para designar estas duas vertentes do Direito Comparado<sup>3</sup>, havendo, porém, que chamar a atenção para que a distinção tem zonas cinzentas; não só a macro-comparação engloba micro-comparações, como estas pressupõem a localização dos institutos a comparar adentro dos respectivos sistemas, como, ainda, são possíveis certas comparações que parecem fugir a um fácil encaixe num destes tipos (F. C. Schroeder<sup>4</sup> usou “meso-comparação” para referir a comparação de ramos de Direito e também se poderia, por exemplo, usar mega-comparação” para referir a comparação de famílias de Direito). A este propósito, é particularmente importante sublinhar o carácter “aventureiro” dos estudos micro-comparativos que sejam levados a cabo sem a percepção dos contextos em que os institutos a comparar se inserem; nenhum regime jurídico poderá ser correctamente percebido se não se souber, por exemplo, qual o peso relativo das várias fontes de direito no sistema em causa e quais as características particulares dos métodos de descoberta e aplicação do Direito nesse mesmo sistema; isto determina que uma introdução ao Direito Comparado deva incidir em aspectos macro-comparativos (para além, obviamente, dos problemas metodológicos);

- A comparação de Direitos tanto pode partir das normas como das relações jurídicas; com efeito, a comparação só será útil se incidir sobre realidades com algo em comum; ora, se por vezes a determinação das normas a comparar já está feita ou surge como um dado quase imediato, outras vezes o problema da determinação dos objectos da comparação ocupa largo espaço e só pode realizar-se a partir das realidades sociais a que o Direito se aplica. Ilustrativamente, Konrad Zweigert e Hein Kötz definem micro-comparação dizendo que a mesma trata de institutos jurídicos ou de *problemas* jurídicos, ou seja de regras que resolvem dados problemas de facto ou conflitos de interesses em ordens jurídicas diversas<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Quem inicialmente as utilizou foi RENÉ DAVID, na 1ª edição da sua obra *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* (Paris, Dalloz, 1964, pág. 17) – mas com um sentido diverso: para distinguir a comparação feita entre ordens jurídicas da mesma família da feita entre ordens jurídicas de famílias diversas. LÉONTIN-JEAN CONSTANTINESCO reivindicou ter sido o primeiro a emprestar-lhes o sentido com que se vieram a espalhar (v. *Traité de Droit Comparé*, tomo III, Paris, Economica, 1983, pág. 86).

<sup>4</sup> *Apud* CONSTANTINESCO, *Traité...*, tomo III, cit., pág. 87.

<sup>5</sup> V. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), págs. 4 e 5 (desta obra e edição há uma tradução inglesa – *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, sendo a página correspondente a 5). Em obras anteriores, KONRAD ZWEI-

Há ainda a notar que a comparabilidade dos objectos é sempre o primeiro (de um ponto de vista lógico) problema dos estudos comparativos; prende-se isto estreitamente com a questão do método em Direito Comparado, que abordaremos mais tarde.

## 2. Confronto do Direito Comparado com outras disciplinas jurídicas. O problema da especificidade do objecto do Direito Comparado.

Na tarefa de definição de uma disciplina é tradicional colocar-se o problema da especificidade do seu objecto. Dizendo-se que o Direito Comparado consiste no estudo comparativo dos Direitos parece apontar-se para a não especificidade do seu objecto: este consistiria no Direito (em normas, para quem ache que o Direito é inteiramente resolúvel em normas ou para quem, não sendo em definitivo de tal opinião, a perfilhe por mera simplificação metodológica), como no Direito parecem consistir os objectos de muitas outras disciplinas.

Vale, porém, a pena, antes de tirar conclusões e para as preparar, ver quais as relações do Direito Comparado com algumas outras disciplinas que também se referem ao fenómeno jurídico. Assim:

- Direito Comparado e Sociologia do Direito: esta estuda o Direito enquanto facto ou, se se preferir, os factos que explicam ou são influenciados pelo Direito<sup>6</sup>. O seu objecto é não-normativo e, por isso, a distinção relativamente ao Direito Comparado é, em princípio, de fronteiras bem delineadas. Mas há que advertir que, para além da utilização que a Sociologia Jurídica faz dos resultados dos estudos jurídicos comparativos, também os comparatistas – dir-se-ia que, por vezes, insensivelmente –

GERT definiu mesmo Direito Comparado como “a confrontação do espírito e do estilo de diversas ordens jurídicas ou a confrontação de instituições ou de *soluções comparáveis* em diferentes ordens jurídicas” (v. *Zur Methode der Rechtsvergleichung*, in *Studium Generale*, 13.º Ano, 1960, pág. 193, e *Méthodologie du Droit Comparé*, in *Mélanges Offerts à Jacques Maury*, tomo I, *Droit International Privé et Public*, Paris, s/d – mas 1960 –, sublinhados meus).

<sup>6</sup> Sobre o objecto da Sociologia do Direito, v., entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., págs. 100 e 103 e segs., e MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, no verbete da Polis, *Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, intitulado *Sociologia do Direito*. Noutras literaturas, v. H. A. SCHWARZ/LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit Comparé, Théorie Générale et Principes*, Paris, L. G. D. J., 1978, págs. 44 e segs., e JEAN CARBONNIER, *Sociologia Jurídica*, Coimbra, Livraria Almedina, 1979, págs. 19 e segs. (tradução do original francês de 1972).

fazem frequentemente observações sociológicas (exemplo: em Inglaterra não é necessário possuir um grau universitário em Direito para se exercer advocacia; hoje, porém, a *esmagadora maioria dos advogados ingleses tem formação universitária*). Tal não só não parece criticável, como será muitas vezes necessário para não falsear o retrato que se dá de um dado Direito.

- Direito Comparado e Filosofia do Direito: esta estudo o fundamento e o valor do Direito, os seus porquê e para quê últimos; os resultados do Direito Comparado servem-lhe frequentemente de material de trabalho, quer de ponto de partida, quer de fundamentação (exemplo: a especulação sobre o fundamento do direito de punir ganha em sustentação com o estudo dos diversos sistemas punitivos historicamente existentes e arranca deles).
- Direito Comparado e História do Direito: aqui os objectos são da mesma natureza; diverge é a perspectiva – enquanto a da História do Direito é a da evolução no tempo, a do Direito Comparado implica a consideração, em relação a cada Direito, de um momento estaticamente tomado. De realçar é que o Direito Comparado utiliza frequentemente a História (e até não só a História do Direito), como processo de enquadramento dos seus objectos, e que a História do Direito se pode assumir como história comparativa, tornando assim fluidas as fronteiras destas disciplinas.
- Direito Comparado e “Ciência Jurídica” (“Dogmática Jurídica”): também aqui os objectos são de igual natureza, o que leva a interrogar se o Direito Comparado não será uma mera vertente da “Ciência Jurídica”. As outras respostas logicamente possíveis ao problema pressuposto em tal pergunta (excluindo, sem mais, a possibilidade de considerar a “Ciência Jurídica” como um ramo do Direito Comparado) são as de o Direito Comparado e a Ciência Jurídica integrarem em pé de igualdade uma disciplina do conhecimento de que ambos sejam espécies e a de corresponderem a saberes diversos sem denominador comum necessário.

Consiste isto na chamada questão da natureza do Direito Comparado, que será tratada adiante, mas sobre a qual podemos adiantar algo.

A “Ciência Jurídica” que aqui temos em vista é a “Dogmática”, ou seja, aquele saber do Direito que consiste em interpretá-lo, construí-lo em conceitos e sistematizá-los. Entendida assim a “Ciência Jurídica”, não creio que ela exista como uma à escala universal. Se se pode falar de dogmáticas que saltam as fronteiras das ordens jurídicas (v.g., uma “Ciência do Direito Penal” que estude este a um nível plurissistemático), já não me parece possível, ou, pelo menos, útil, tentar edificar uma ciência jurídica dogmática única que abranja todos os ramos do Direito e todos os siste-

mas jurídicos. Por outras palavras, diria que não há uma ciência jurídica dogmática, mas antes várias, separadas, antes de mais, pelos seus objectos, embora todas elas comungando de certas características.

Do prisma que ora nos interessa, o Direito Comparado diferencia-se dessas Ciências Jurídicas pelo carácter não restrito do seu objecto.

### 3. O problema das funções do Direito Comparado

É frequente os comparatistas apontarem ao Direito Comparado funções determinadas, entre elas, a elaboração de um Direito comum à Humanidade ou a unificação dos Direitos, a descoberta do Direito justo ou até a aproximação dos povos<sup>7</sup>.

Não parece, todavia, que o Direito Comparado tenha funções necessárias. O papel do Direito Comparado será sempre aquele que os seus autores e utilizadores lhe imprimirem. Creio, contudo, que o Direito Comparado tem funções úteis a desempenhar e que, ao menos em parte, o seu estudo se justifica por elas, embora não as preencha se não for orientado e utilizado em tal sentido.

Para falar de tais utilidades, valerá a pena começar por referir as críticas daqueles (que são muitos, se não entre os especuladores do pensamento – alguns dos quais, no entanto, tiveram ditos ferozmente jocosos sobre o Direito Comparado e sobre os comparatistas – pelo menos entre os práticos do Direito) que as negam, pondo o acento tónico nas dificuldades que se colocam à comparação dos Direitos. Residem estas, antes de mais, no acesso aos Direitos estrangeiros, no qual se depara com óbvios escolhos na obtenção, selecção e enquadramento da informação, agravados quando haja preocupação de actualidade. Derivam elas, ainda, da necessidade de formação dogmática básica do jurista comparatista, que é obtida pelo estudo continuado do Direito sobre o qual inicialmente debruçou a sua atenção e com referência ao qual estabeleceu os seus quadros conceituais, estudo esse que não deixará sobrar muito tempo para as indagações comparativas.

<sup>7</sup> Um bom exemplo é RENÉ RODIÈRE: v. *Introduction au Droit Comparé*, Paris, Dalloz, 1979, págs. 33 e segs.. Outro exemplo é MARC ANCEL: v. *Le Role de la Recherche Comparative dans la Coopération Juridique Internationale*, in *De Conflictu Legum, Essays/Mélanges* oferecidos a KOLLEWIJN e OFFERHAUS, Leiden, A. W., Sijthoff, 1982, págs. 31 e segs.



Partem estas críticas de verificações indesmentíveis, mas que não são adequadas à negação da possibilidade do Direito Comparado. Este não pressupõe um conhecimento dos Direitos estrangeiros a comparar (quantitativa ou sequer qualitativamente) igual ao que é exigido sobre o Direito próprio. E se, sobretudo hoje, se está de acordo em que é forçoso abdicar do propósito de universalidade do conhecimento sobre o Direito próprio, votando a atenção somente a parcelas dele, valerá certamente a pena restringir um pouco mais ainda o objecto de estudo, em razão da superfície, para que ele ganhe em profundidade, como a comparação dos Direitos propicia.

Ademais, muitas vezes, o conhecimento dos Direitos estrangeiros é mesmo imposto pelos Direitos nacionais (caso da aplicação das regras de conflitos do Direito Internacional Privado). Outras vezes é o carácter “importado” de certas soluções legislativas que leva o jurista a debruçar-se, em sede de interpretação do seu próprio Direito, sobre os Direitos estrangeiros. A comparação dos Direitos ajuda, pois, ao conhecimento do Direito próprio. Já sem referir aquela utilização dos Direitos estrangeiros como elemento de interpretação (quer porque o mero estudo daqueles não constitui comparação de Direitos, quer porque dogmaticamente pode questionar-se a valia de tal elemento), há que sublinhar que o confronto de soluções contribui para o melhor entendimento da solução consagrada pelo nosso Direito. Prende-se isto com a função formativa do Direito Comparado, que é inegável do prisma em que ele destrói o carácter falsamente absoluto com que certas figuras do nosso Direito ou do nosso pensamento jurídico podem surgir, à primeira vista, e obriga a uma reflexão mais ampla e mais profunda.

Acrescem ainda outras considerações que jogam no sentido do elogio do Direito Comparado. É o caso de se ter de convir em que, independentemente da posição quanto à querela da qualificação dos estudos jurídicos como ciência, as proposições sobre o Direito ganham em valor teórico na medida em que tendam à universalidade, tentando ultrapassar os particularismos do Direito próprio do seu autor. É ainda o caso de, como é sabido, as explicações históricas e sociológicas e a reflexão filosófica não poderem prescindir do Direito Comparado.

Por último, refere-se ainda uma utilidade do Direito Comparado que já não se prende, formalmente falando, com os estudos jurídicos. Trata-se da utilização cada vez mais frequente, socialmente indispensável, que dele faz a política legislativa. Uma opção que tenha por base o conhecimento de soluções já experimentadas é evidentemente mais consciente que outra que não a possua.

É nesta sede de potenciais utilidades que transcendem o âmbito dos estudos jurídicos que me parece deverem ser enquadradas aquelas outras funções que

certas correntes de comparatistas apontam às suas actividades e a que começámos por aludir (unificação dos direitos, *maxime*).

#### 4. Método do Direito Comparado

Continuando a tratar as questões introdutórias ao Direito Comparado segundo uma perspectiva – ao menos formalmente – epistemológica clássica, há agora que fazer referência ao seu método.

Embora seja possível, como posteriormente aliás virá a resultar do escrito, apontar aspectos comuns aos problemas da macro-comparação e da micro-comparação, abordá-los-emos separadamente.

##### Macro-comparação

Partindo da verificação óbvia de que a confrontação de todos e de cada um dos elementos que constituem os sistemas jurídicos que se tomem como objecto de comparação é impossível, chegamos à necessidade de seleccionar os pontos através dos quais procederemos à comparação desejada.

Julgo que os critérios básicos a que tal escolha deve obedecer são o da representatividade dos elementos em causa (a qual implica, entre várias coisas, um carácter tendencialmente *perene* desses elementos) e o do seu carácter comum aos vários sistemas. Não podemos seleccionar elementos que não sejam aptos a definir o sistema e falsearíamos a comparação se a fizéssemos incidir sobre aspectos não correspondentes (necessidade de um *tertium comparationis*<sup>8</sup>).

É isto mesmo que os comparatistas ressaltam ao falarem da comparação através dos elementos determinantes (Constantinesco<sup>9</sup>), dos elementos fundamentais e mais estáveis (David<sup>10</sup>), dos elementos definidores do estilo (Zweigert<sup>11</sup> – sobre cuja “*Stillehre*” haverá ocasião de falar aquando do estudo dos

<sup>8</sup> Sobre tal necessidade, v. FERNANDO JOSÉ BRONZE, “*Continentalização*” do Direito Inglês ou “*Insularização*” do Direito Continental?, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento XXII, 1975 (mas 1981), págs. 29 e segs.

<sup>9</sup> *Traité* ..., tomo III, cit., págs. 163 e segs., *maxime* págs. 225 e 227 e segs.

<sup>10</sup> *Les Grands Systèmes* ... 8ª ed., Paris, Dalloz, 1982, pág. 21 (cito a 8ª ed., mas há edições posteriores, da responsabilidade de Camille Jauffret-Spinosi – aliás já colaboradora da 8ª ed.).

<sup>11</sup> Na obra com KÖTZ que citei, v. *Einführung*..., págs. 67 e segs. (*An Introduction*..., págs. 67 e segs.).

critérios de agrupamento dos direitos em círculos), das estruturas características (Rheinstein<sup>12</sup>), etc..

Utilizando uma terminologia extremamente impressiva, recolhida do ensino da Professora Magalhães Collaço<sup>13</sup>, direi que há que construir uma “grelha comparativa”.

Explicita-se que há que construir uma “grelha comparativa” para cada comparação que pretendamos levar a cabo e que seja adequada a essa comparação concreta. Por outras palavras, a grelha não tem de ser universal<sup>14</sup> e, sem embargo de nunca devermos dar por demonstrado o que ainda o não o está, é ela própria função das características dos objectos a comparar.

Falando em geral, são recrutáveis para tal “grelha” (ou melhor, “grelhas”) quer elementos estruturais (isto é, dizendo respeito à forma e dotados de permanência, bem como de uma função de enquadramento dos restantes), quer elementos ideológicos (isto é, aptos a significarem o conteúdo ou conformadores deste).

Aqueles, parece-me, poderão ser deduzidos a partir da análise da própria ideia de sistema jurídico. Teremos, assim, as formas de revelação das normas que compõem o sistema (fontes de direito), a estrutura das próprias normas, os modos de constituição e funcionamento dos órgãos de aplicação do Direito, os métodos por que os juristas operam no “achamento” do Direito, os processos de formação dos juristas, incluindo o papel do ensino do Direito, etc..

Os elementos ideológicos deverão traduzir as ideias recebidas pelos sistemas: assim, poderemos referir o papel atribuído ao Direito na sociedade, as relações entre o Estado e o Direito, as entre este e as outras ordens normativas (nomeadamente as religiosas), o posicionamento relativo do indivíduo e do Estado, a organização sócio-económica (a constituição económica), etc..

<sup>12</sup> V. MAX RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Munique, C. H. Beck, 1974, *maxime* pág. 77.

<sup>13</sup> Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução...*, cit., pág. 21, e *O Ensino do Direito Comparado*, Lisboa, 1996, policopiado, *passim*, *maxime* págs. 47 e 154.

<sup>14</sup> Exemplos de grelhas que se pretendem universais são as utilizadas nas obras de RENÉ DAVID e ZWEIGERT e KÖTZ. Melhor exemplo ainda é o do vol. I da *International Encyclopedia of Comparative Law* (editada pelas casas J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen e Mouton, A. Haia e Paris), onde são feitos relatórios sobre cada um dos sistemas jurídicos do mundo, com recurso a tópicos constantes (sistema constitucional, fontes de Direito, evolução histórica do Direito Privado, Direito Civil, incluindo Direito de Família, Direito Comercial e Direito Económico, outros aspectos da regulação jurídica da economia, Direito de Autor e Propriedade Industrial, Processo Civil, Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional). A explicação dessa grelha é feita por VIKTOR KNAPP, no prefácio constante do tomo relativo à letra A.

Estará assim construída a “grelha comparativa”. Advirta-se, porém, que, antes da sua “aplicação” a cada sistema, haverá toda a vantagem em conhecer as linhas básicas da formação deste, isto é, a sua evolução histórica, perspectiva esta que será um elemento coadjuvante da comparação. É o que se pode observar na generalidade das obras macro-comparativas. Explicita-se, contudo, que esses elementos históricos são, rigorosamente falando, exteriores à comparação e se destinam apenas a enquadrar os seus objectos e a facilitar o entendimento das convergências e divergências.

Acabámos de ver quais os critérios por que a comparação de sistemas globalmente considerados se deve pautar. Ainda antes de passarmos ao método da micro-comparação, há que fazer referência aos problemas da delimitação e da escolha dos sistemas a comparar, na macro-comparação.

Quanto ao primeiro, consiste ele em saber se todos os sistemas são comparáveis ou se certo grau de diferenças obsta à possibilidade de comparação.

A título de exemplo, dir-se-á que durante largos anos se pôs em causa a possibilidade de comparar o Direito dos países capitalistas com o dos países socialistas. A partir de certa altura, as posições negadoras dessa possibilidade deixaram de ser correntes, mas muitos juristas dos países socialistas europeus insistiam numa “comparação contrastada” (melhor se diria “contrastante”), isto é, que põe exclusivamente em realce as divergências (sendo curioso notar que, ao invés, nos países ocidentais se desenvolveu, com reflexos no campo jurídico, a certo passo, a tese dita da “convergência dos sistemas”).

Os acontecimentos posteriores à queda do muro de Berlim e o modo como o Direito tem reflectido esses acontecimentos puseram a nu que o fosso entre os Direitos dos dois blocos políticos e económicos era muito mais estreito do que o que se imaginava<sup>15</sup>.

O problema da comparabilidade não se restringe obviamente ao da “comparação das ordens jurídicas integradas em sistemas económicos diferentes” (para empregar *ipsis verbis* o título de um artigo de F. J. Bronze<sup>16</sup>). Abrange todos os estudos que tomem como objecto sistemas estruturalmente ou ideologicamente afastados (devendo ser notado, desde já<sup>17</sup>, que o Direito Compa-

<sup>15</sup> Sobre a evolução dos Direitos da Europa oriental, v. duas obras de GIANMARIA AJANI: *Diritto dell' Europa Orientale*, Turim, UTET, 1996 (integrada no *Trattato di Diritto Comparato diretto da RODOLFO SACCO*) e *Il Modello Post-Socialista*, Turim, Giappichelli, 1996 (integrada na obra *Sistemi Giuridici Comparati a cura di ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO*).

<sup>16</sup> V. Revista de Direito e Economia, Ano II, n.º 2, Julho/Dezembro, 1976.

<sup>17</sup> Cfr. adiante, n.º 6.

rado nasceu como comparação de Direitos legislados, isto é, restringido à Europa Continental, e que só posteriormente se alargou à comparação desses sistemas com os integrantes da família da *common law*, ou seja, com sistemas estruturalmente diversos). Esses estudos são possíveis, embora impliquem cuidados acrescidos na constituição da “grelha comparativa”.

No que toca aos critérios de escolha dos sistemas a comparar, tudo dependerá dos fins em vista e do ponto de partida da formação do comparatista.

Em tese geral, adiantar-se-á que, quando os propósitos se resumem à extensão do conhecimento, se justifica eleger um ou vários sistemas como os prototípicos da família em que se inserem e votar-lhes uma atenção prioritária. Essa escolha, que em termos lógicos seria uma conclusão, necessariamente posterior ao estudo de todos os sistemas englobados no círculo em causa, é possível, já pelo recurso ao saber de outros, já por opção própria – não isenta de riscos, é certo – ao cabo de um estudo geral perfunctório. Tais protótipos devem essa sua qualidade, geralmente, a factores históricos, ou seja, à sua importância na génese da família (o Direito inglês para o círculo da *common law*, o Direito francês, embora não tão nitidamente ou não tão exclusivamente, para o romano-germânico e em particular para a vertente “menos germânica” deste círculo)<sup>18</sup>.

### Micro-comparação

Passando ao método na micro-comparação, retomamos a ideia de que o ponto de referência (o *tertium comparationis*) de toda e qualquer comparação há-de ser a função desempenhada pelos institutos ou normas a comparar.

Não se pode, sob pena de graves equívocos, ir inquirir a outro Direito se nele existem normas ou institutos formalmente equivalentes aos do nosso próprio Direito. O que há a interrogar é como é que esse Direito resolve o problema jurídico cuja solução no nosso Direito pretendemos comparar (não se pode ir averiguar o regime da incapacidade de exercício dos menores no Direito inglês; o que há a perguntar é como é que em tal Direito se resolve o problema da natural incapacidade das pessoas para, até certa idade, entender, querer e agir).

O trabalho na micro-comparação passa, pois, por afastar as falsas das verdadeiras correspondências. Os erros mais primários são os propiciados pelas equi-

valências linguísticas – *equity* e equidade<sup>19</sup>, *solicitor* e solicitador<sup>20</sup>. Mas em muitos outros logros se pode cair se não se fizer apelo à comparação funcional. Sob uma estrutura jurídica formalmente equivalente podem esconder-se profundas diferenças e a equivalência material pode andar escondida por aparências formais diversas (a aproximação possível das doutrinas da *consideration* e da causa nos negócios jurídicos<sup>21</sup>, a não correspondência estrutural do *leasing* do Direito português ao do inglês<sup>22</sup> e a sua, não obstante, equivalência funcional – pelo menos parcial –, a compra e venda como contrato real *quoad effectum* nuns Direitos e a necessidade de *traditio* noutros<sup>23</sup>).

Para referir mais um exemplo das dificuldades nos estudos micro-comparativos, chamar-se-á a atenção para algo que sucede frequentemente e que, apesar disso, nem sempre se tem em vista: um problema que é uno num dado sistema pode apresentar-se como correspondendo a vários problemas, sem aparentes pontos de contacto, noutro sistema. Aquilo que aqui é reconduzível a um género único, ali equivale a categorias não agrupadas, nem sequer agrupáveis (exemplo: o conceito de fontes das obrigações, desconhecido no direito inglês).

Os estudos micro-comparativos são, mais frequentemente que os macro-comparativos, destinados a fins práticos. Devem, pois, ser tais fins os parâmetros da escolha dos Direitos a utilizar. O critério da funcionalidade estende-se do processo de comparar à própria selecção dos objectos de comparação. Assim, os critérios da escolha poderão ser diferentes se o estudo apenas visa a perspectiva *de jure constituto* ou se pretende a *de jure constituendum*.

<sup>19</sup> Sobre a *equity*, v., por exemplo, L. B. CURZON, *English Legal History*, 2ª ed., Estover, Plymouth, 1979, págs. 95 e segs.. Entre nós, v. CASTRO MENDES, *Direito Comparado*, revisto e actualizado, AAFDL, s/d (mas 1985), págs. 193 e segs.. Sobre a equidade, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Decisão segundo a Equidade*, in *O Direito*, ano 122, n.º 2 (1990), págs. 261 e segs.

<sup>20</sup> Sobre os *solicitors*, v., na nossa literatura, CASTRO MENDES, *Direito Comparado*, cit., págs. 452 e segs. (nesta parte, o escrito é de RIBEIRO MENDES e FERNANDA RODRIGUES FREIRE).

<sup>21</sup> V. GINO GORLA, *Il Contratto, I, Lineamenti Generali*, Milano, Giuffrè, maxime, págs. 499 e segs..

<sup>22</sup> V. o meu *A Locação Financeira (Estudo Jurídico do Leasing Financeiro)*, Lisboa, Danúbio, s/d (mas 1983), págs. 21 e segs. e 32.

<sup>23</sup> Entre a imensa literatura, v., porque inseridas numas lições de Direito Comparado, as páginas que RODOLFO SACCO dedica ao assunto, em *Introduzione al Diritto Comparato*, 2ª ed., Turim, Giapichelli, 1980, págs. 89 e segs.

<sup>18</sup> Lembre-se o que atrás se disse sobre a evolução histórica como elemento coadjuvante da comparação.



## 5. Natureza do Direito Comparado

Como já atrás referimos, a propósito do problema do seu objecto, discute-se se o Direito Comparado é um mero método da “Ciência Jurídica” ou se consiste numa disciplina autónoma qualificável como “ciência”.

Parece irrecusável que o método da comparação dos Direitos é utilizado pelas várias disciplinas jurídicas, pelo que o problema não está em saber se o Direito Comparado desempenha ou não uma função instrumental relativamente a essas disciplinas. Antes está em saber se, para além disso, se pode afirmar que o Direito Comparado constitui uma disciplina autónoma.

A resposta parece dever ser positiva, independentemente de saber quais as exactas fronteiras do que seja uma disciplina autónoma. O que é certo é que o Direito Comparado trata de um conjunto de problemas afins (nomeadamente metodológicos) e aborda o Direito numa perspectiva *sui generis*, o que garante a unidade e a autonomia relativa dos conhecimentos de que se compõe.

Quanto à questão de saber se ele é ou não uma ciência, a resposta depende da concepção de ciência que se perfilhe e da tomada de posição quanto à qualificação dos estudos jurídicos como ciências.

Não é possível, nem sequer adequado, entrar aqui na discussão de tais problemas<sup>24</sup>.

## 6. História do Direito Comparado

Um mínimo de conhecimentos sobre a História do Pensamento Jurídico indica-nos a existência de observações comparativas sobre os Direitos desde tempos remotos<sup>25</sup>. Julgo, porém, que só se pode falar da existência de uma disciplina a partir do momento em que se depare com tentativas de formulação das regras a que a actividade em que ela consiste há-de obedecer (o Homem pensa desde que existe enquanto tal; ninguém dirá que a Lógica existe desde tal momento; etc.).

<sup>24</sup> Em qualquer caso, v. *supra*, nota 1, e o que escrevi ao abrir o meu *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos* (Coimbra, Almedina, 2000), bem como os Autores citados na respectiva nota 2.

<sup>25</sup> As lições de *Direito Público Comparado* de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA (Lisboa, AAFDL, 1984) começam pela nota de que «um dos mais antigos, senão o mais antigo método de reflexão sobre o político é, na tradição cultural do Ocidente, o que se exprime através da técnica do “governos comparado”».

Neste sentido, o Direito Comparado é algo de recente. Ter-se-á indo formando ao longo do século XIX (não é obviamente possível indicar lugar e data) e terá realizado a “comemoração do seu nascimento” no Congresso Internacional de Direito Comparado, tido em Paris, em 1990 (de que adiante voltaremos a falar).

Não valerá, pois, a pena fazer uma longa excursão pela “pré-história” do Direito Comparado<sup>26</sup>. Ainda assim, iremos relembrar alguns dos seus precursores, antes de nos referirmos à sua história propriamente dita<sup>27</sup>.

Sobre Aristóteles é frequente referir-se ter procedido ao estudo de mais de centena e meia de constituições de cidades gregas. Zweigert e Kötz pretendem que já Platão, n’*As Leis*, tinha observado, sob um prisma comparativo, as instituições jurídico-políticas das várias cidades<sup>28</sup>.

Aliás, quase todas estas observações comparativas dos fenómenos jurídicos constantes de textos antigos se referem aos aspectos políticos. Como excepção – e, por isso, especialmente interessante – é indicado um fragmento de Teofrasto dizendo respeito à compra e venda<sup>29</sup>.

Se da Grécia saltarmos para Roma, depararemos talvez (por razões que, num juízo primeiro, poderemos ligar às respectivas histórias políticas) com maior dificuldade em ilustrar o interesse pelos Direitos estranhos e sua comparação com o próprio. Mas, ainda assim, vários exemplos serão encontráveis e, entre eles, desde logo, as influências gregas na Lei das XII Tábuas, que a própria tradição sempre pôs em evidência<sup>30</sup>.

O carácter disperso das referências comparativas no pensamento jurídico europeu manteve-se até à Idade Moderna, período em que surgiram os pri-

<sup>26</sup> Sobre ela, v. FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, *Os Estudos de Direito Comparado*, Lisboa, 1954, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. X, págs. 10 e segs.

<sup>27</sup> Para as referências a essa história, tomei por base, além das obras de Direito Comparado já citadas e daquelas que referiremos, os textos antologiadados no livro editado por ZWIEGERT e PUTTFARKEN, intitulado *Rechtsvergleichung* (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978).

<sup>28</sup> V. *Einführung...*, cit., pág. 47 (*An Introduction...*, cit., pág. 49). Tenha-se, porém, em conta a seguinte opinião: “Que les Lois aient pu retenir à l’occasion telle disposition particulière d’un droit étranger, on n’a pas à le contester a priori: au surplus, cela n’a pas dû aller bien loin; mais que Platon ait entrepris un véritable travail de droit comparé, c’est une hypothèse bien peu vraisemblable – il aurait fallu l’équipe d’Aristote (...)”. (L. GERNET, in PLATON, *Les Lois*, I e II, tome XI, 1ª parte, das *Oeuvres Complètes* editadas pela Société d’Édition Les Belles Lettres, 3ª tiragem, Paris, 1976, pág. CCIV).

<sup>29</sup> V. ZWIEGERT e KÖTZ, *Einführung*, pág. 48 (*An Introduction...*, cit., pág. 49).

<sup>30</sup> V. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, I, 4ª ed., Coimbra, 1984, pág. 197.

meiros precursores directos do Direito Comparado. Entre vários, refira-se, por mais divulgado, Montesquieu (em particular, no *Esprit des Lois*<sup>31</sup>).

É, porém, no século XIX, como antes se disse, que a disciplina se começa a formar enquanto tal. Isto, sem embargo de o interesse votado à comparação de Direitos ser diferente nas várias correntes que foram surgindo. Enquanto a Escola Histórica, como corolário dos seus pressupostos, negligenciou a perspectiva da comparação, já as críticas que Jhering lhe dirigiu a traziam ínsita<sup>32</sup>. A chamada Escola da Etnologia Jurídica, surgida subsequentemente, fez recurso permanente à comparação. De algum modo, aliás, julgo poder dizer-se, o interesse pelo Direito Comparado foi crescendo ao longo do século XIX, à medida que o positivismo foi penetrando nas ciências sociais e influenciando indiretamente os estudos jurídicos.

Talvez se possa dizer que 1869 foi o ano mais rico, numa visão internacional à escala europeia, em acontecimentos anunciadores do Direito Comparado. Foi nesse ano que em Inglaterra se criou uma primeira cadeira (entenda-se: primeira em Inglaterra, já que em França o ensino do Direito Comparado se tinha iniciado em 1832) a ele dedicada (em Oxford, sob o nome de *Historical and Comparative Jurisprudence* e atribuída a Henry Maine), que em França foi fundada a *Société de Legislation Comparée* e que na Bélgica se iniciou a publicação da *Revue de Droit International et de Droit Comparé*. Mas outros factos anteriores tinham já prenunciado o advento do Direito Comparado, ao significarem o interesse pelos Direitos estrangeiros. É o caso da publicação, a partir de 1829, da *Kristische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, sob a direcção de Mittermaier e Zachariae, e, ainda antes, da criação do *Bureau de Legislation Etrangère* no Ministério da Justiça napoleónico (1801).

Foi também durante o século XIX (segunda metade) que o movimento no sentido da unificação dos Direitos começou a produzir frutos (v.g., Convenção Postal Universal de 1874, Convenção de Berna de 1886 sobre o Direito de Autor, Convenção de Berna de 1900 sobre o transporte ferroviário de mercadorias). Tal movimento, aliás, pesem embora os obstáculos e as limitações que o

<sup>31</sup> MONTESQUIEU propôs-se examinar as leis, políticas e civis, nas relações que elas têm com as características físicas, culturais políticas, religiosas e económicas dos países e nas relações que elas têm umas com as outras (*L'Esprit*, Primeira Parte, I, 3). O seu método foi o de confrontar sobre cada tópico conjuntos variados de leis antigas e contemporâneas.

<sup>32</sup> Um exemplo significativo de tais críticas é um texto de 1890 sobre a posse, nomeadamente o que, na respectiva nota bibliográfica final, JHERING escreveu sobre o livro de SAVIGNY acerca de idêntico tema (só conheço a tradução francesa – *Oeuvres Choiesies*, tomo II, Paris, A. Maresq., 1893, págs. 213 e segs., estando a nota referida na pág. 263).

têm rodeado, continuou até aos nossos dias, com os óbvios intervalos das Grandes Guerras. Adiante voltaremos a falar dele.

Como resulta do anteriormente dito, a data mais comumente referida como a do nascimento simbólico do Direito Comparado é, porém, 1900, por ter sido nesse ano que, em Paris e convocado pela referida *Société de Legislation Comparée*, se reuniu o Congresso Internacional de Direito Comparado (em que foram “nomes grandes” Raymond Saleilles e Édouard Lambert). Estava-se no auge do positivismo (advirta-se que não nos estamos a referir àquela corrente do pensamento jurídico assim designada, mas sim à corrente filosófica<sup>33</sup>) e a influência deste sobre as ciências humanas levou a que nestas se elevasse o método comparativo a processo científico por excelência – o correspondente à experimentação das ciências da natureza<sup>34</sup>.

O Congresso de Paris de 1900 marcou também o início da passagem da mera comparação de legislações para o estudo comparativo dos Direitos realmente vigentes, isto é, com atenção àqueles Direitos em que a lei não desempenha um papel tendencialmente exclusivo na produção de normas jurídicas. No entanto, foi só no período entre guerras que se atravessou decididamente a Mancha, para não mais os estudos comparativos se circunscreverem aos Direitos da Europa continental (Ascarelli assinalou ao Direito Comparado a tarefa de estabelecer o diálogo da *civil law* com a *common law*<sup>35</sup>).

Os anos vinte do século XX ficaram marcados pela sobre-estimação das virtualidades extra-jurídicas do Direito Comparado. Foi então que se passou a defini-lo em função de missões, tarefas que lhe são extrínsecas, sobretudo o propósito de unificação dos Direitos. É certo que já anteriormente tal propósito estava presente no espírito dos comparatistas, mas nunca como então ele tinha sido erigido em finalidade quase exclusiva.

Tomando-os como paradigmáticos dos homens do Congresso de 1900, referiremos que para Saleilles o Direito Comparado tinha por missão descobrir

<sup>33</sup> Sobre o positivismo jurídico, v. NORBERTO BOBBIO, *Il Positivismo Giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979 (reimpressão do original de 1961), o qual, logo na primeira página da introdução, adverte que a expressão não deriva da que se refere ao positivismo filosófico.

<sup>34</sup> Ilustrativamente, v. DURKHEIM, *As Regras do Método Sociológico*, capítulo VI (na 2ª ed. portuguesa, da editora Presença, Lisboa, 1984, págs. 137 e segs.).

<sup>35</sup> V. GINO GORLA, *Interessi e Problemi della Comparazione fra il Diritto Nostro e la “Common law” in Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*, vol. II, Milão, Giuffrè, 1969, pág. 943. Sobre a importância desse diálogo, v., do mesmo GINO GORLA, *Il Diritto Comparato in Italia e nel “Mondo Occidentale” e una Introduzione al “Dialogo Civil Law-Common Law”*, Milão, Giuffrè, 1983 (separata da obra colectiva *Cinquanta Anni di Esperienza Giuridica in Italia*, Messina – Taormina, 3-8 Novembre 1981).

os princípios comuns aos sistemas jurídicos das nações civilizadas e que para Lambert ele se desdobrava em duas vertentes, uma tendo por objecto a história comparativa dos Direitos e outra a elaboração de um Direito comum internacional. Sem embargo de ser já óbvia a presença do propósito unificador (aliás, não criticável em si mesmo), nota-se ainda como espírito dominante o analítico, em muitos autores, com um cariz fundamentalmente retrospectivo. A investigação histórica e a especulação filosófica eram ainda incindíveis do Direito Comparado.

Talvez por influência do ambiente político e cultural que se seguiu à Primeira Guerra, na década de vinte a unificação dos Direitos é, pois, a referência dominante. Lévy Ullman, por exemplo, definiu o Direito Comparado como “tendo por objecto a aproximação sistemática das instituições jurídicas dos diversos países”.

Aliás, o movimento de unificação atinge neste período um ponto elevadíssimo. Citem-se, *u.g.*, as Convenções de Genebra de 1930 e 1931, sobre cheques e letras e livranças, a Convenção de Varsóvia, de 1929, sobre transporte aéreo, a de Roma de 1933 sobre danos causados a terceiros por aeronaves, e o projecto de Código Franco-Italiano das Obrigações (publicado em 1929).

Várias instituições internacionais visando os estudos comparativos e a unificação dos Direitos foram também então fundadas, *u.g.*, a Academia Internacional de Direito Comparado da Haia (1924) e o UNIDROIT (1926), e multiplicaram-se as entidades nacionais de vocação similar (institutos de Lyon, Paris, Berlim – o antecedente do actual Max-Planck de Hamburgo, etc.).

Apesar do que fica dito, foi também então que se começaram a desenhar as perspectivas metodológicas que são hoje as nossas – a chamada comparação funcional. Lambert e Ernst Rabel foram os primeiros a chamar a atenção para a necessidade de tal tipo de comparação.

Outro dos períodos assinaláveis na evolução do Direito Comparado no século XX começou com o segundo pós-guerra. Em 1946 foi publicado um livro do inglês Gutteridge<sup>36</sup>, onde se veio sustentar a redução do Direito Comparado a mero método do saber jurídico, procurando acomodá-lo a tarefas

<sup>36</sup> Do qual só conheço a tradução espanhola (da segunda edição original): *El Derecho Comparado*, Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1954. Nesta edição, v. págs. 9 a 23 (Capítulo I). Sobre GUTTERIDGE escreveu RENÉ DAVID: “H. C. Gutteridge a été l’artisan principal d’une conception nouvelle du droit comparé. Et grâce à cette conception, les études de droit comparé ont pris, dans le monde entier, un essor sans précédent” (*Le Droit Comparé, Droits d’Hier, Droits de Demain*, Paris, Economica, 1982, pág. 24).

menos ambiciosas, mas mais úteis para os estudos jurídicos, que as que anteriormente lhe tinham sido apontadas.

A fase actual dos estudos comparativos iniciou-se nesse momento. Julgo poder afirmar que não obstante a especial atenção que a partir daí se tem votado aos problemas da natureza, das funções e dos métodos do Direito Comparado, tais questões não se encontram resolvidas, nem sequer pacificamente equacionadas. Com algum atrevimento – próprio da ignorância? – permito-me dizer que mais do que grandes correntes do Direito Comparado, têm existido autores (*u.g.*, Rheinstein, Schnitzer, Fikentscher), cada um deles com um pensamento mais ou menos próprio, todos eles se debruçando sobre problemas iguais ou equivalentes.

Em Portugal, há a assinalar que em 1911 foram criadas<sup>37</sup>, pela primeira vez, na Universidade, cadeiras de Legislação Civil Comparada e de Direito Constitucional Comparado. Extintas ainda antes de 1930, só nos anos setenta voltou o Direito Comparado a integrar cadeiras autónomas nos planos de estudos das licenciaturas em Direito<sup>38</sup>.

Também só no final dos anos setenta<sup>39</sup> começou o Ministério da Justiça a promover (aliás, em conexão com os estudos de Direito Comunitário) trabalhos de Direito Comparado e a sua publicação. (Seria atraente, mas talvez excessivamente fácil e simplista, ligar a evolução da atenção prestada ao Direito Comparado com a da própria história política portuguesa).

## 7. O agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias

Usam os comparatistas proceder à “arrumação” dos múltiplos sistemas jurídicos (recorde-se o que atrás se disse sobre a noção de “sistema jurídico” e a diversidade de sentidos com que se utiliza a expressão) em “famílias” ou “círculos”. Esses agrupamentos, que alguns pretendem corresponderem a verdadeiras classificações, destinam-se não só a facilitar as exposições descritivas,

<sup>37</sup> Sobre a reforma em cujo âmbito se deu essa criação, v. MARCELLO CAETANO, *Apontamentos para a História da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* vol. XIII, 1959, págs. 16 e segs.

<sup>38</sup> Sobre a história do ensino, entre nós, do Direito Comparado, v., por todos, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *O Ensino...*, cit., págs. 19 e segs.

<sup>39</sup> Ver as págs. 5 a 7 do n.º 1 (1980) de Documentação e Direito Comparado (publicação que nasceu como suplemento ao Boletim do Ministério da Justiça).



como também a fornecer indicações úteis aquando da abordagem de um sistema em particular.

Também aqui cada autor parece fornecer um critério próprio. Seria inútil tentar fazer aqui uma enumeração exaustiva desses critérios ou das arrumações propostas<sup>40</sup>. Começarei por notar que os primeiros agrupamentos sugeridos tinham por base elementos exteriores ao próprio Direito. Um critério como o da raça<sup>41</sup> é disso exemplo. A própria posição primitiva de René David (no seu *Tratado* de 1950<sup>42</sup>) era também de tal tipo. Propunha então este Autor que o agrupamento tivesse por base as ideologias espelhadas pelos Direitos, sugerindo o recurso aos tipos de técnicas jurídicas como critério meramente secundário.

De tal natureza também (aliás, parecendo derivado daquele) é o critério de Oliveira Ascensão, que tenta a classificação dos sistemas recorrendo à ideia de civilização, que sumariamente define como ideologia que encarnou na vida social<sup>43</sup>.

O primeiro critério sem elementos extrínsecos ao Direito terá sido<sup>44</sup> o alvitado por Arminjon, Nolde e Wolff, que apelaram para a noção de “substância” dos direitos. Zweigert (em obra anterior<sup>45</sup> à que elaborou com Kötz, sendo nesta reproduzido o seu pensamento), criticando tais critérios que apelam a realidades exteriores ao Direito e buscando algo de co-natural a este, chegou à ideia de “estilo”, que disse ser o elemento distintivo dos objectos – no caso dos Direitos, alegadamente determinado por cinco elementos: os respectivos passados históricos, as características do pensar dos seus juristas, os seus ins-

<sup>40</sup> Para um elenco dessas classificações, v., além das demais obras que citaremos, CASTAN TOBEÑAS, *Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1957, págs. 6 e segs., e MANUEL NOGUEIRA SERENS, *Sobre a Classificação das Ordens Jurídicas em Sistemas ou Famílias de Direito*, in *Revista de Direito e Economia*, ano XII, 1986, págs. 129 e segs.

<sup>41</sup> Sobre a efectiva sugestão de um tal critério, v. ZWIGERT e KÖTZ, *An Introduction ...*, cit., pág. 58 e segs.

<sup>42</sup> De que só pude ler a versão espanhola – *Tratado de Derecho Civil Comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954 (v. págs. 207 e segs.). INOCÊNCIO GALVÃO TELLES seguiu substancialmente esta posição de DAVID até à citada 10ª ed. do vol. II da sua *Introdução ao Estudo do Direito* (v., por exemplo, as reimpressões de 1986 e de 1997 – esta com a menção de 9ª ed. –, em ambos os casos, págs. 515 e segs.).

<sup>43</sup> O *Direito ...*, cit., pág. 141.

<sup>44</sup> V. ZWIGERT e KÖTZ, *Einführung ...*, cit., págs. 63 e segs. (*An Introduction ...*, cit., págs. 64 e segs.).

<sup>45</sup> Trata-se do escrito originalmente intitulado *Méthodologie du Droit Comparé*, publicado in *Mélanges Offertes à JACQUES MAURY*, tomo I, Paris, s/d (mas 1960), e posteriormente re-publicado, sob o título *Zur Methode der Rechtsvergleichung*, in *Studium Generale*, 1960, págs. 193 e segs.

titutos especialmente característicos<sup>46</sup>, os seus sistemas de fontes e os seus factores ideológicos.

Curioso observar é que, apesar de tais divergências básicas, os agrupamentos a que os vários autores chegam não divergem abissalmente. Foi o que René David notou ao assumir<sup>47</sup> uma posição pragmática e empirista, consistente em receber, sem discussão, como adequadas, as “arrumações” que ganharam a maioria dos sufrágios, sublinhando que qualquer critério dá o flanco a críticas.

A título exemplificativo, eis alguns dos agrupamentos sugeridos:

- O primitivo David chegava aos sistemas ocidental, soviético, muçulmano, hindu e chinês;
- Arminjon, Nolde e Wolff apontaram as famílias francesa, alemã, escandinava, inglesa, islâmica e hindu;
- Oliveira Ascensão distinguiu entre Direitos primitivos e civilizados e, de entre estes, o muçulmano, o ocidental (com os sub-grupos romanísticos e anglo-americano) e o socialista;
- o último David colocou numa primeira linha, em função da sua proximidade cultural, as famílias romano-germânica, dos Direitos socialistas e da *common law* e numa segunda linha os direitos muçulmano, da Índia, do Extremo-Oriente e da África e Madagascar;
- Zweigert e Kötz distinguiram os círculos romanístico (ou “românico”), germânico, anglo-americano, nórdico, socialista, do Extremo-Oriente, islâmico e hindu<sup>48</sup>;
- circunscrevendo-se aos Direitos de cultura europeia, Wieacker distinguiu os círculos anglo-saxónico, francês ou românico e centro-europeu<sup>49</sup>.
- Fikentscher, na sua abordagem comparativa dos métodos do Direito<sup>50</sup>,

<sup>46</sup> De que apontam como exemplos, entre outros: no círculo da *common law*, a doutrina da *consideration*, o *trust* e o conceito de *agency*; no círculo da *civil law* em geral, a gestão de negócios; no círculo românico, as figuras da causa e da acção directa; no círculo germânico, a doutrina do contrato real abstracto (v. *Einführung ...*, cit., pág. 71, *An Introduction ...*, cit., pág. 71).

<sup>47</sup> *Les Grandes Systèmes ...*, 8ª ed., cit., pág. 22. Seguindo substancialmente esta posição de DAVID (embora misturando-a com outra ordem de considerações), v. CASTRO MENDES, *Direito Comparado*, cit., págs. 148 e segs.

<sup>48</sup> Nas duas primeiras edições da sua *Introdução*; na terceira edição o círculo socialista foi eliminado – v., por exemplo, *Einführung ...*, pág. 71 (*An Introduction*, pág. 72).

<sup>49</sup> V. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Gulbenkian, 1980 (trad. da 2ª ed. do original alemão de 1967), págs. 569 e segs.

<sup>50</sup> *Methoden des Rechts in Vergleichender Darstellung*, 5 vols., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975 (os dois primeiros), 1976 (o terceiro) e 1977 (os quarto e quinto). A distinção resulta



apontou também os círculos românico, anglo-americano e da Europa Central.

- I. Galvão Telles, em obra acabada de escrever em Novembro de 1999, identifica cinco sistemas: romanista, anglo-americano, muçulmano, hindu e chinês<sup>51</sup>.

Antes de propor qualquer critério alternativo aos expostos, criticando-os, chamarei a atenção para as dificuldades e os limites do problema.

Em primeiro lugar, notarei que uma verdadeira classificação, abrangendo a totalidade dos sistemas jurídicos e visando a sua ordenação em função de um critério único, é, quando não impossível (por força da multiplicidade e da heterogeneidade dos Direitos), pelo menos, desinteressante, porque escassamente informativa.

Em segundo lugar, lembrarei que raros são os comparatistas que nos seus estudos pretendem abranger todas as áreas dos Direitos<sup>52</sup>. Na maior parte das vezes, o agrupamento é feito tendo em conta, se não exclusivamente, pelo menos primordialmente, um ou alguns ramos do Direito. É evidente que as famílias encontráveis quando o prisma seja o do Direito Constitucional não têm de coincidir (nem coincidem, aliás) com aquelas que resultem do ponto de vista do Direito Privado. Repare-se que Zweigert e Kötz começam por advertir isso mesmo no título da sua obra – “... auf dem Gebiete des Privatrechts”<sup>53</sup>.

De seguida e retomando as duas observações anteriores, sublinharei que as renúncias a uma verdadeira classificação e à igual consideração de todos os campos do fenómeno jurídico não retiram interesse ao agrupamento, o qual, mesmo que circunscrito a uma parte do universo dos Direitos e apenas a um dos ângulos de observação possíveis, conserva uma função útil na ordenação dos campos de trabalho escolhidos. Entrando agora na apreciação das posições sumariamente expostas, direi que a renúncia do último David parece excessiva e que as críticas de Zweigert aos critérios de base exterior ao jurídico parecem certas e abalam quer a posição do primitivo David, quer a de Oliveira Ascensão (cujo critério sofre, aliás, também das limitações apontadas às verdadeiras

logo dos sub-títulos dos 3 primeiros volumes. Um passo especialmente impressionante é o da pág. 586 do vol. I.

<sup>51</sup> *Introdução...*, 10ª ed., cit., págs. 230 e segs.

<sup>52</sup> MARIO LOSANO, que parece pretendê-lo, denota as dificuldades inerentes a tal tentativa, ao dedicar capítulos separados ao Direito Privado e ao Direito Público da Europa Continental; v. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, Lisboa, Presença, 1979 (tradução do original italiano).

<sup>53</sup> Ou seja, “na área do Direito Privado”.

classificações, agravadas por a ideia de civilização ser fluida e polémica). Quanto à noção escolhida por Arminjon, Nolde e Wolff, ela parece, como dizem Zweigert e Kötz, insuficientemente explicitada.

Por último, sobre a posição de Zweigert (e Kötz) há a dizer que ela é criticável, pelo menos, num ponto – o de fazer apelo aos “institutos especialmente característicos” como elemento do critério de agrupamento. Por um lado, esses institutos são normalmente incindíveis dos sistemas em que se geraram e, por isso, inaptos para revelarem as convergências dos Direitos; por outro lado, e o que é mais, o agrupamento há-de basear-se na observação dos mesmos aspectos nos vários Direitos e o estudo desses institutos variados sem correspondência entre si não respeita tal pressuposto.

Na verdade, parece que a posição a tomar quanto ao problema do critério do agrupamento é corolário da tomada quanto ao método na macro-comparação. O estudo da “instituições referidas ao sistema” (para utilizar a terminologia de outro autor) poderá preencher o requisito da representatividade, mas não o do carácter comum aos vários sistemas dos elementos a estudar. O agrupamento há-de ser, pois, produto da aplicação de uma “grelha comparativa”. Sobre qual ela seja, bastará lembrar o que se disse a propósito do método, conjugando-o com o que se acabou de verificar acerca das dificuldades e dos limites de qualquer agrupamento.

Teremos, pois, e em qualquer caso, que considerar quer elementos estruturais, quer elementos ideológicos. Aliás, o peso relativo de uns e de outros pode variar, e há-de variar, em função dos Direitos concretamente em causa. Enquanto existiu o bloco socialista centrado na URSS dizia-se que na comparação dos Direitos continentais europeus com os da família anglo-americana se justificava uma maior atenção aos aspectos estruturais, ao passo que na daqueles Direitos com o dos países socialistas a dimensão ideológica seria o fundamental. Talvez tal afirmação fosse correcta. O que certamente não ocorria – como os factos demonstram – era que os aspectos ideológicos tivessem perenidade comparável à dos elementos estruturais.

Não irei eu tentar contrapor qualquer agrupamento dos Direitos à escala universal àqueles que ficaram registados. Os pontos de partida do problema parecem ter ficado assinalados e tal era o que, antes de tudo, importava.

Embora tal análise fosse mais própria das conclusões de fim de um curso do que de uma introdução, avançarei apenas que não parecem existir razões suficientes para, à semelhança, por exemplo, de Zweigert e Kötz, Fikentscher e Wieacker, sub-dividir em vários círculos os Direitos continentais da Europa ocidental. Pelo menos, no que toca aos Direitos designados por esses autores de “romanísticos” (ou “românicos”) e “germânicos”, parece existir uma quanti-

dade suficiente de elementos comuns para – por contraste com os outros círculos – que se deva englobá-los numa única família, designável por “romano-germânica”. Nessa mesma família cabem também outros Direitos, nomeadamente os da América Latina, tal como na família da *common law* cabem os Direitos de vários países saídos da colonização inglesa.

Assim, dentro do chamado “mundo ocidental” (em sentido político-cultural e não e em sentido geográfico, obviamente), haverá apenas que considerar duas famílias: a romano-germânica (ou da *civil law*, na terminologia anglo-americana) e a da *common law* (muitas vezes chamada anglo-saxónica, mas a que preferimos chamar anglo-americana).

Quase escusado seria dizer que as reconduções dos sistemas jurídicos realmente existentes às famílias definidas podem não ser perfeitas. Há sistemas híbridos, no sentido de apresentarem traços de mais de uma família, nomeadamente traços da *common law* e da família romano-germânica<sup>54</sup>.

Por último, é de sublinhar que a oposição entre *common law* e *civil law* não pode ser exacerbada. A divisão assenta sobretudo nas formas de utilização das fontes formais do Direito e nos métodos dos juristas, não nos conteúdos essenciais dos sistemas jurídicos em causa. Um comparatista americano escreveu que, quando pressionado para dar ilustrações dramáticas das diferenças entre as duas famílias de Direitos, só tinha sido capaz de pensar em dois exemplos de regras directamente opostas do ponto de vista substancial (e mesmo essas com limitações, ressalvas e excepções): as relativas à possibilidade de os pais deserdarem os filhos e as relativas à possibilidade de os proprietários de coisas roubadas as reivindicarem de terceiros compradores de boa fé sem pagarem indemnização<sup>55</sup>. Convenhamos que as ilustrações são muito pouco dramáticas<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> São exemplos de sistemas híbridos de *common law* e *civil law* os da Louisiana, do Québec, da África do Sul e da Escócia. Sobre esta matéria, v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução...*, cit., pág. 34, e WILLIAM TETLEY, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified) (Part I)*, in *Uniform Law Review*, 1999-3.

<sup>55</sup> JOHN HENRY MERRYMAN, *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, A Haia, Londres, Boston, Kluwer, 1999, pág. 8.

<sup>56</sup> Do ponto de vista sociológico ainda menos dramáticas do que na aparência das normas, já que a quantidade de vezes que estas são actuadas é baixa.